

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Annotatie bij HR 10 november
2006***

M. van Kogelenberg

*Published in
JA 2007, 20 (Astrazeneca c.s./ Menzis c.s.)*

Aansprakelijkheid zorgverzekeraar. Relativiteit. Correctie-Langemeijer.

[BW art. 6:162, 6:163; Rbg; WTG]

Zorgverzekeraar Menzis heeft aan de huisartsen die bij haar onder contract staan op vrijwillige basis de module rationeel voorschrijven aangeboden. Deze module biedt de artsen een financiële vergoeding aan, wanneer zij het meest doelmatige middel - een goedkoop generiek prepraat - voor cholesterolverlagers en maagzuurremmers voorschrijven. Astrazeneca c.s. zijn producenten van (veel duurdere) innovatieve merkgeneesmiddelen (spécialités) op dit gebied. Zij stellen dat Menzis via de module reclame maakt voor generieke preparaten door artsen bij een bepaald voorschrijfbeleid een financiële vergoeding in het vooruitzicht te stellen. Daarmee handelt Menzis volgens Astrazeneca c.s. in strijd met het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg), de daarmee samenhangende achterliggende Europese richtlijnen en de Wet Tarieven Gezondheidszorg (WTG). Het gaat in dit arrest om de vraag of de commerciële belangen van Astrazeneca c.s. worden beschermd door de wettelijke normen van het Rbg en de WTG en de aangevoerde zorgvuldigheidsnormen. De Hoge Raad bevestigt de uitleg van het Hof dat het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming van de commerciële belangen van farmaceutische bedrijven. De Hoge Raad acht relativiteit evenmin aanwezig op grond van de correctie-Langemeijer. Volgens de Hoge Raad houdt de correctie in dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van de norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wél bescherming biedt tegen die schade. De Hoge Raad overweegt dat Astrazeneca c.s. niet voldoende concreet heeft aangegeven hoe de aansprakelijkheid op grond van de correctie moet worden geconstrueerd en overweegt daarbij overigens dat de enkele verwijzing naar de omvang van het door Astrazeneca c.s. te lijden omzetverlies onvoldoende is.

Noot

Inleiding

Het draait in deze procedure in beginsel om de vraag of de commerciële belangen van geneesmiddelenproducenten zoals Astrazeneca c.s. worden beschermd door de wettelijke normen van het Rbg en de WTG. Ik acht het voor het begrip van de uitspraak van de Hoge Raad van belang de uitspraken van de drie gerechtelijke instanties kort te bespreken in het perspectief van het eventuele onrechtmatig handelen door zorgverzekeraar Menzis en zijn onderdelen (hierna: Menzis) en de rol van het relativiteitsvereiste.

Oordeel voorzieningenrechter

Op 14 oktober 2005 heeft de voorzieningenrechter in deze zaak in kort geding vonnis gewezen (Rechtbank Arnhem (KG), 14 oktober 2005, <<JGR>> 2005, 53 m. nt. Schutjens). De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de strenge regulering van de markt ten aanzien van geneesmiddelen, die vooral reclame en kostenbeheersing betreft, verscheidene doelen dient, die - los van Europese harmonisatie van regelgeving - in onderlinge samenhang erop neerkomen, dat de gezondheid van de (Europese) bevolking op een adequate wijze dient te worden beschermd. Dit oordeel is in hoger beroep niet betwist. De strenge regulering beoogt in ieder geval niet de belangen van Astrazeneca c.s. te beschermen. De constructie van deze passage is in twee opzichten opmerkelijk.

Ten eerste valt op dat de voorzieningenrechter in het kader van de - kennelijk als preliminair beschouwde - vraag naar de relativiteit geen onderzoek doet naar de specifieke strekking van het Rbg en de WTG, maar het houdt bij een algemene beschouwing over de strekking en de doelstellingen van de regulering van de geneesmiddelenmarkt. De voorzieningenrechter gaat wel in op de reikwijdte van genoemde regelgeving, maar dan in het kader van de vragen of deze regelgeving ook beoogt het handelen van zorgverzekeraars te reguleren en of de handelswijze van Menzis onrechtmatig is.

Ten tweede formuleert de voorzieningenrechter zijn oordeel alsof hij een slag om de arm houdt. Hij overweegt onder rechtsoverweging 4 dat waar Astrazeneca c.s. stellen dat zij door het optreden van Menzis in haar belangen (zullen) worden geschaad, al hun stellingen zouden kunnen stranden op de overweging dat zij zich beroepen op overtreding van normen die niet strekken tot bescherming van de commerciële belangen waarin zij stellen te zijn of te worden geschaad. Dat is opmerkelijk, omdat de voorzieningenrechter niet expliciet stelt dat de belangen van Astrazeneca c.s. niet worden beschermd, hoewel de voorafgaande redenering geen andere conclusie mogelijk maakt. Nu lijkt de relativiteitsvraag niet te worden beantwoord, omdat de voorzieningenrechter ook de stellingen omtrent de onrechtmatigheid van de handelswijze van Menzis naloop, zonder uitdrukkelijk te overwegen dat dit ten overvloede gebeurt. Het probleem van deze opzet is, dat men kan denken, dat de vraag naar de onrechtmatigheid van de gedraging van Menzis het oordeel omtrent de relativiteit van de geschonden norm nog kan beïnvloeden. Dat is dogmatisch niet correct, zoals Hijma in zijn noot bij het arrest Duwbak Linda heeft opgemerkt (HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m. nt. Hijma). Hoogstens zou een zeer ernstige overtreding van een bepaalde wettelijke norm schending van een andere, nieuwe norm met zich mee kunnen brengen. Deze kanttekening wordt door de voorzieningenrechter echter niet geplaatst.

Oordeel Hof

Het Hof komt in navolging van de voorzieningenrechter tot het oordeel dat de wettelijke normen in het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals Astrazeneca c.s. deze stellen te hebben geleden (Hof Arnhem, 3 januari 2006, <<JGR>> 2006, 3 m. nt. Schutjens). Het Hof verwierpt het “level playing field” argument. Dat argument houdt kort gezegd in dat concurrenten op dezelfde markt gelijk moeten worden behandeld en dat bepaalde marktpartijen niet mogen worden bevoordeeld, hetgeen voortvloeit uit het Rbg. Dat argument is volgens het Hof niet valide, omdat Menzis geen partij is op de geneesmiddelenmarkt. Geneesmiddelenproducenten kunnen zich derhalve wel tegenover elkaar beroepen op het Rbg, maar niet tegenover zorgverzekeraars. Schutjens is het in zijn noot niet eens met dit oordeel, omdat zorgverzekeraars weliswaar niet zelf geneesmiddelen produceren, maar wel een (commercieel) belang hebben bij de beslissing van de arts welk middel hij voorschrijft. In die zin verschilt een zorgverzekeraar niet van een geneesmiddelenproducent, zodat ook ten aanzien van zorgverzekeraars het “level playing field” argument dient te gelden. Mijns inziens miskent deze redenering dat zorgverzekeraars artsen een financiële beloning in het vooruitzicht stellen, wanneer zij het meest doelmatige middel voorschrijven. Op dit ogenblik is dat voor de betreffende middelen een bepaald (generiek) preparaat, maar dat kan veranderen als de stand van de wetenschap een nieuw of ander middel als meest doelmatig aanwijst. De module is voor Menzis dus niet zozeer lucratief, indien artsen een bepaald geneesmiddel voorschrijven, maar indien artsen zich gaan gedragen zoals men op grond van de

prijs/kwaliteitverhouding van de middelen in de markt zou verwachten door het meest doelmatige (in kwalitatief en kostentechnisch opzicht) middel voor te schrijven.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad geeft aan hoe art. 6:163 BW moet worden uitgelegd. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad over de vraag of art. 6:163 BW correct is toegepast bij de vraag of de wettelijke normen uit het Rbg en/of de WTG de belangen van Astrazeneca c.s. beogen te beschermen. Daarna bespreekt de Hoge Raad de correctie-Langemeijer en oordeelt hij over de toepasselijkheid daarvan in het onderhavige geval.

De Hoge Raad overweegt in rov. 3.3.2 dat het bij de beantwoording van de vraag of aan het relativiteitsvereiste is voldaan aankomt op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. Hij herhaalt hiermee de regel die hij in een aantal recente arresten heeft geformuleerd. De Hoge Raad verwijst expliciet naar HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 310 (Pfizer c.s./ Cosmétique), maar ook in eerdere arresten heeft hij deze regel reeds gehanteerd, o.a. in HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m. nt. Hijma, rov. 3.4.1 (Duwbak Linda) en in HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 941, rov. 4.2.2 (De Nederlandsche Bank NV/ Stichting Vie d'Or). De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat het Hof zich terecht niet heeft laten leiden door het onjuiste uitgangspunt dat de veronderstellenderwijs geschonden normen van de Rbg en de WTG in beginsel beschermen tegen alle schade die Astrazeneca c.s. lijden.

Astrazeneca c.s. proberen art. 6:163 BW zo uit te leggen, dat in beginsel elke vorm van geleden schade die voortvloeit uit een normschending voor vergoeding in aanmerking komt. Het standpunt van Astrazeneca c.s. lijkt op het eerste gezicht zo vreemd niet, omdat in een wettelijke regeling maar zelden wordt geëxpliciteerd welke strekking deze precies heeft en tegen welke schade zij bescherming beoogt te bieden. Advocaat-Generaal Spier heeft in zijn conclusie opgemerkt dat de consequentie van deze stelling van Astrazeneca c.s. zou zijn, dat de aangesproken partij zou moeten bewijzen dat de geschonden norm een bepaalde strekking niet heeft. De aangesproken partij zou derhalve de bewijslast dragen terzake een normatief oordeel. Het is echter de taak van de rechter om rechtsoordelen te vellen en te motiveren en niet die van partijen, aldus de A-G. Ook een andere - meer welwillende - lezing van de stelling van Astrazeneca c.s. die erop neerkomt dat de aangesproken partij klemmende redenen moet geven om een bepaalde strekking van een norm niet aan te nemen, sluit niet aan bij de bedoelingen van art. 6:163 BW. Aangezien de wetgever praktisch nooit (nauwkeurig) aangeeft wat de strekking is van de normen die zij heeft vastgelegd in bepaalde wetgeving, maken beide lezingen de mogelijkheden voor aansprakelijkstelling (veel) ruimer. Een van de belangrijkste doelstellingen van het relativiteitsvereiste is juist de aansprakelijkheid van de laedens te beperken (Conclusie A-G, 4.1 - 4.9). De wetsgeschiedenis lijkt aanknopingspunten te bieden voor de stellingen van Astrazeneca c.s. In de parlementaire geschiedenis komt immers naar voren dat art. 6:163 BW er vanuit gaat dat een norm in beginsel strekt tot bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden en ter bescherming tegen alle schade die het gevolg is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de laedens (PG, boek 6, p. 637, 638). Dit is naar mijn oordeel een passage die minder verwarrend is dan zij lijkt. Uit de context van deze passage volgt immers dat de betekenis van deze passage is dat, voor zover de wetgever dit niet heeft bepaald - en dat zal vaak het geval zijn -, het aan de rechter is te onderzoeken welke strekking een

norm heeft en wie door de norm beschermd worden en vooral welke strekking een norm niet heeft en wie niet binnen het beschermingsbereik van de norm vallen.

De Hoge Raad wijdt een aparte overweging aan de vraag of aan het relativiteitsvereiste kan worden voldaan door de toepassing van de correctie-Langemeijer. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad in dit arrest de mogelijke toepasselijkheid van de correctie-Langemeijer bespreekt, omdat naar mijn oordeel deze vraag niet kan worden beantwoord zonder eerst de vraag naar de onrechtmatigheid te beantwoorden. Wil de correctie mogelijk van toepassing zijn dan moet immers reeds sprake zijn van schending van een (wettelijke) norm, die niet strekt tot bescherming van de belangen van de gelaedeerde. In de onderhavige zaak constateert de Hoge Raad - a priori - dat de normen uit het Rbg en WTG niet de strekking hebben de (commerciële) belangen van Astrazeneca c.s. te beschermen zonder zich uit te spreken over de vraag of deze normen door Menzis geschonden zijn. Een mogelijke verklaring voor deze premature behandeling van de correctie-Langemeijer door de Hoge Raad is dat het Hof de correctie niet duidelijk heeft besproken (zie rov. 3.3.5). De Hoge Raad had deze verwarring kunnen voorkomen door ten aanzien van de correctie ten overvloede te overwegen.

Volgens de Hoge Raad houdt de correctie-Langemeijer in dat hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van de norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wél bescherming biedt tegen die schade. De correctie-Langemeijer kan dus van invloed zijn bij de bepaling of een zorgvuldigheidsnorm is geschonden en kan alsnog leiden tot aansprakelijkheid.

De correctie-Langemeijer kan worden ontleed in twee componenten. Ten eerste moet sprake zijn van een aparte geschonden zorgvuldigheidsnorm naast de norm die *niet* strekt tot bescherming van de schade zoals benadeelde die heeft geleden. Ten tweede moeten bij de vaststelling of die aparte zorgvuldigheidsnorm geschonden is, alle omstandigheden van het geval mee worden gewogen, waarbij de omstandigheid dat een bepaalde norm (die niet strekt tot bescherming van de schade zoals benadeelde die heeft geleden) is geschonden, mee kan wegen bij die vaststelling.

De Hoge Raad volgt mijns inziens terecht het Hof in de opvatting dat de correctie het relativiteitsvereiste niet opzijzet. Dat is niets nieuws. Langemeijer heeft dat reeds in zijn conclusie bij het arrest Beukers c.s./ Dorenbos (Tandarts) besproken (HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568). Het kan in de regel niet zo zijn dat op grond van de correctie-Langemeijer dezelfde norm - maar dan in ongeschreven vorm - strekt tot bescherming van de schade zoals Astrazeneca c.s. die hebben geleden. Het kan bovendien niet zo zijn dat een andere zorgvuldigheidsnorm is geschonden zonder dat een andere aanvullende (feitelijke) omstandigheid wordt aangevoerd. Deze twee componenten kunnen met elkaar worden verbonden door er vanuit te gaan dat juist een extra omstandigheid de ongeschreven norm tot een andere norm maakt. In het arrest Beukers c.s./ Dorenbos is die extra omstandigheid vooral gelegen in het feit dat “echte” tandartsen hoge studiekosten hebben moeten maken en een lange weg hebben moeten afleggen voordat zij zich als tandarts konden vestigen. In dat licht is goed te begrijpen dat het gedrag van de onbevoegde tandarts onbetamelijk is tegenover bevoegde tandartsen, waarbij dan meeweegt dat de onbevoegde handelt in strijd met een wettelijke regeling, die de strekking heeft de volksgezondheid te beschermen. Astrazeneca c.s. hebben in het kader van een

beroep op de correctie-Langemeijer geen andere omstandigheden aangevoerd. De Hoge Raad overweegt dat Astrazeneca c.s. niet voldoende concreet hebben aangegeven hoe de aansprakelijkheid op grond van de correctie moet worden geconstrueerd en overweegt daarbij overigens dat de enkele verwijzing naar de omvang van het door Astrazeneca c.s. te lijden omzetverlies onvoldoende is.

Conclusie

Mede gezien het spoedeisende karakter van deze procedure hebben veel rechtsvragen die partijen graag beantwoord zouden zien de eindstreep van de cassatieprocedure of zelfs het hoger beroep niet gehaald. De vragen hoe de reclameregels in het Rbg en de WTG moeten worden begrepen en of Menzis deze regels heeft geschonden worden niet beantwoord. Voor het civiele recht is deze uitspraak desalniettemin relevant, omdat de correctie-Langemeijer door de Hoge Raad voor het eerst sinds lange tijd op heldere wijze is besproken. Het motief om de correctie juist in dit arrest te bespreken is echter minder duidelijk. Ook het relativiteitsvereiste is aan bod gekomen, maar de Hoge Raad voegt niets toe aan de regel uit recent gewezen arresten. De beperkende werking van het relativiteitsvereiste op de aansprakelijkheid maakt in dit geval wel duidelijk dat een zorgverzekeraar die - al dan niet met het oog op het eigen belang - via financiële stimulansen een betere marktwerking binnen de geneesmiddelenmarkt beoogt te bewerkstelligen in ieder geval geen rekening hoeft te houden met de vermogensbelangen van grote geneesmiddelenproducenten. Daarmee is, zoals de A-G heeft opgemerkt, echter nog niet de vraag beantwoord of marktwerking niet beter op een andere manier kan worden verkregen (overweging 6.2).

M. van Kogelenberg